

△ 翻 訳 △

ヨゼフ・エッサー 『原則と規範』(三)

本稿は、Josef Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung der Privatrechts, Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsgülen-und Interpretationslehre, 4. unveränderte Auflage (1990) の著者と出版社の承諾により、翻訳である。但し、第一編四章までは 3. unveränderte Auflage, 1974 に基づく。

米 山 隆(訳)

目 次

第一編 私法における普遍的な法原則の現象形態と法思想の現象形態

第一章 題目の限界と意味

第二章 法律学的な原理の力の場としての裁判官による法の形成(以上第一巻一号)

第三章 我々の問いかけの提起にとつての比較法の意味のために

第四章 普遍法原理の概念と本性に関する暫定的仮定(以上第二巻四号及び第三巻一号)

第五章 実定的憲法原理の裁判官による法形成のための意味(第三巻二号)

第二編 法における原理の分類と類型決定の試み

第六章 狭義における法原理の類型(第三巻三号)

第七章 法発見の原理

第八章 法原理・法的範及び法源の關係に関する普遍的なこと(以上第三巻四号及び第四巻一号)

第三編 法典化された私法の定立における法原理の役割と裁判官のつくった法における法原理の役割

第九章 法典化された民事法における原理と法規範(第四巻二・三・四号)

第十章 判例法における「原理と規則」(第五巻一・二号・三・四号及び第六巻一号)

第十一章 公理的に方向づけられた法思考における、また、問題をもって方向づけられた法思考における原理の役割を比較して

ゆく考察(第六巻一・二号)

第四編 大陸の裁判官の普遍的な法原理形成のための召喚

第十二章 創造的な解説と法の発展形成の基礎として普遍的な法原理(第六巻三・四号及び第七巻一号)

第十三章 大陸の法曹法形成における原理と先例との関係(第七巻一号)

第十四章 法学的に発展させられた原理の法の安定と継続性のための意味(第八巻一号及び本号)

2、純粹に「一過性の合目的性」⁽²⁹⁸⁾からの政治的な行為を通しての制定法概念を「格下げすること」は、自然法的にみちびかれた大陸の学説からと同様に社会学的な法律学から、じっさいに国家的な法源解釈学説の改訂を招くようなことをした。法規を現実の構造にしたがって調べることに、また、政治的な——調整的な要素を法律学の独立的な創造的な貢献から分離すること、これら二つの傾向は、「複数の法源説」という標語のもとにまとめられることができる⁽²⁹⁹⁾。上位の秩序関連の喪失を通しての制定法思考の崩壊への洞察は、例えば、RIPERTとEBERHARD SCHMIDTが開いているように真正の法典編纂の法律学的な基礎の発見を通して、また、「立法者の叡智」の彼方にある原理、規則と先例において裁判官による問題処理の継続性の発見を通して、補充される。社会学派は、ERLICH, HUBER, LÉVY, MOOR及びSINZHEIMERのような名前を回顧することができ、労働法と仲裁裁判権における国家外的な法源の現代的な意味を通して絶えず新しい資料を取得し⁽³⁰¹⁾、また、透明な術語に対して抗議しているのは正しいことであり、この術語ならばここで「第二の法源」について語りたいと思うであろう。なぜかといえば、この術語はカズイステイク、普遍的な法律要件からではなく、できうるだけ多くの特殊な法律要件から法発見をしようとする方法、規準、規則、原理及び全制度に関する法律外的な形成の「前立法的な」性格をまさにあきらかにすることができ、この全制度は「事実の階層制度」⁽³⁰²⁾を形成する。このなかにおいて術語はアメリカ的な比較法と出会うのであり、この比較法はそれらの側で先例の古典的な權威の彼方で原理と概念形成の恒常的な要因を発見した。この權威が純粹の判例法から制度の体系へ進歩することにより、この權威は、その側で法の要素と法源の内的階層制度を承認することを強制される⁽³⁰³⁾。司法的な、また、立法的な要素は判例法においても我々のところと同様に、

「論理的に独立した図表的な計画」において発生しているのであるが、制度の共通の僕婢——「規則、原理と概念がいっしょになった体系的組み立て」⁽²⁹⁴⁾である。「制定法の文言化」は枠、原型的な図式にすぎないのであり、その有効性は法律学に依拠している。一言でいえば、實在主義的な分析の影響のもとに両側に法秩序の全体の新しい像と法以前に存在する原理の意味の新しい像が制度を形成するために発生する。⁽²⁹⁵⁾

S.293

「形式的な権威と現実的な権威との間にいかに関係がないことか」という幼想を破ってゆく発見は必ず経過の決定された「動く法」を高く評価すること、すなわち、今日的な法に法律学的に関与すること、古典的な意義において契約と法律との「外法律学的な」結びつきと反対に「正義の法」を高く評価することに至るのである。⁽²⁹⁶⁾法律学的に法創造は沿革あるいは決議の官憲的な固定化によることを意味するのではなく、職権的な詔勅あるいは法令によることを意味するのではなく、つねにどのような種類の「決定」によることを意味するのではなくして、事案と問題に際して発生した法創造は法律家の叡智の力によることを意味している。⁽²⁹⁷⁾カズイステイク、すなわち、普遍的な法律要件からではなくして、できうるだけ多くの特殊な法律要件から法発見をする方法は、すべての構想から離れて、事案の類型とその「原理」を生むのであり、この原理が規則あるいは格言において抽象的な表現を見つめる以前のことである。それは非官憲的な事案法であり、そのなかで民衆にふさわしい、また、階層にふさわしい伝承は自律的な法的確信の集団に溶解し、⁽²⁹⁸⁾コモン・ローに溶解するのであり、コモンローは政治的な立法の法行為に対して優位を持っている。⁽²⁹⁹⁾それは国民の本来の法体制である。⁽³⁰⁰⁾

S.294
3、国家的な法管理を通してのこの共通法の基盤の破壊は、既に言われているように、三種の要因、すなわち、絶対主義、啓蒙主義及び国民国家理念のしわざである。それらの全き衝動はプロイセン普通法への導入の第六条において次のことを経験する者にとつて見えるようになる。すなわち、「法を教える者の意見あるいは裁判官のより古い発言は将来の決定の際顧慮されるべきではない」。⁽³⁰¹⁾それは元来「法典編纂の精神」ではなくして、現代の国家思想であり、この思想は一六六七年の Ludwig XIV の有名な指令 (tit. I, art 7) 及び一七八六年の Josef の法典 (Teil I §26) 以来裁判官に注釈することはどんなことでも禁止し、あるいはより初期の法慣行にもたれかかるとはどんなことでも禁止している。「法律の明白にして、意味のあきらかな規程のうち最も少なく自分勝手にそう思いこんでいる哲学的理由づけにもとづいて、あるいは、法律の目的と意図から演繹されるべき解釈の口実のもの

とでごくわずかでさえ自力ではずれることを許すこと」は、前述のところが裁判官を「我々の最高の不気嫌と重い処罰を避ける際に」こらしめるならば、それはやはり現代の解説―夜の妖怪の一片ではなからうか？。

大陸の法律家の国家によって創造された法の状況はそれ以来公的に変化することはなかった。相変ることなく国家思想の法律学的な全体主義は存在するのであり、この思想は立法者の叡智を神化し、また、法律学を政治的な確信の奴婢にするのである。それは自由な国家体制において公的な「確信」の欠如からのみ緊急なものとなるのではないが、しかし、各々の「国家倫理的な」役割移動とともに再び燃えるようなものとなることができる。このようにして DEL VECCHIO は、POUNDS のための副論文において、イタリアの慣習法を蒐集するための委員会を構成するに際して、イタリアの司法大臣 ROCCO の演説から継起する適当な題目から上述の談話、すなわち、「種々なる法的体系における種々なる法源、その均衡とその階層性」⁽²³⁾に関する上述の談話を引用する。(1)、国家だけが法源である能力を占有すること、(2)、現代の国家はその主権の属性をその他の社会的な権力と分かつことはできない。(3)、たとえ慣習が成文法を「若くし、活性化し、また、現代化しようと欲しても」⁽²⁴⁾、慣習は、それゆえ、つねに、それを補充し、また、解釈することであり得るにすぎない。

S.295

イタリアにおいて政治的な解放が国家主義的な制定法概念からの離反に至ったということは不思議なことではなく、この概念は、例えば同盟罷業は法をうみだしてゆく労働協約の基礎として一種の国家的な立法の事象であるという馬鹿げた結論を無理に押しつけた⁽²⁵⁾。しかし、特色ある現象はドイツ的において類似の反作用が発生しないということであり、——憲法、解釈学説及び司法行政において何回も言及された自然法が持っている切なる願いを無視するならば。最初の勇気を与える徴候は裁判官に関する法律であり、この法律は裁判官を普遍的な行政官身分からきわだたせている。それはあまりにおそく来ないであろうか、またその他の基礎的な知識が司法的な法源意識の新しい形成の道をふさぐのではなからうか？。

非政治的な普通法を確信することを新しくしてゆくことは法律学的な教義学の実り多いことについてより深い考え方ともいうろつかなければならない。多元的な法源論が、法律学の問題形成と体系形成が身をゆだねている実質的な正義の機能を示しているのは理由のあることである。⁽²⁶⁾さらに「Stufenbautheorie」の⁽²⁶⁾、また、その他の Delegationsthesen のかくされた道の上で固有の法曹法からその真正の性格を奪いとるすべての試みを克服することはその一部である。なかんずく、しかし、法原理の承認は制定

法の個所に人為的にさかのぼることに依拠させられてはならない。⁽²⁸⁾

成文法への普通法原理の「継受」は立法者の全体的支配要求に一致するのであり、彼はこれをみずからの体の一部とすることをもって体系を終局的に閉ざされ、また、形式的に傷を負うことの出来ないものとしたいのである。このような自足性は「規則の、また、立法的に制定されたものによって発展あるいは修正されない原理の完全な、また、自己満足的な一体」⁽²⁹⁾としての法典編纂の百科全書的な理想の一部である。

S.296 我々は他の個所でフランスの法典編纂思想の古典的な独我主義に言及した。⁽²⁰⁾「単純にして、また、完全な法典」の百科全書的な空想論は旧制度の裁判官身分に対する敵意と一致するのであり、また、ナポレオンの立法の多元的な理念に導いてゆくのであり、この立法はローマ帝政の独裁君主制の表現として職業身分的な伝統に耐えることはできなかった。⁽²¹⁾ナポレオンは「彼の」著作の解説の各々の試みに対して「容疑者、秩序を破壊するイデオロギーまた無政府主義の原理」とみられた。⁽²²⁾彼の法律家が恭順であることは条文を偶像化してみずからに責任を負わすことをよこんでするのである。「よき法はみずから説明する」。⁽²³⁾「条文が、つまり

ない読みもののみをするにすぎない人にとって沈黙していると思われるならば、条文がうちたてた原理はそれを冥想する心をもつ人にとって有弁に語るのである」。⁽²⁴⁾それゆえ、「ナポレオン法典を学ばなければならないものはナポレオン法典のなかにある」。⁽²⁵⁾各々の欠陥は「法を中傷するところの」裁判官の拒否である。⁽²⁶⁾

S.297 解釈学説は、法典を「みずから」理解する課題を制御したように、条文への忠実、常識と慣習が最初の解釈期において素朴な混合を形成するように、第二期において普通法的な影響（ZACHARIA）と実務家思考が新しい教説体系学を導き入れるように、概念的——分析的な能力がこの自足性の頂点において完全なきまり文句を鑄造するように、これはその他の、より新しい法典編纂を見れば比較法的な批判と事物の熟考をもたらし、この批判と熟考は社会学的な精神を「体系」の距離と「方法」の追考にもたらすまでのことであり、——そのことすべては国家的に拘束された法律学の無力さと比較法の解放してゆく力への最も印象深い説明である。ここにおいてこの像のために既に存在しているかがやかしい勉強に面してただわずかに一つの現象が注目されるべきである。すなわち、西ドイツの裁判所がナポレオン法典に発展させた法律学は、法律の精神ではなくして、法曹身分の伝統がその解釈学説と方法、実定法を決定するということを既にはやく証明した。⁽²⁸⁾（同じ制定法のもとに）同様に多くの法秩序が、解釈方法として存在す

るということが注記されたのは適切であり⁽²⁸⁾、また「制定法」の有効性は条文の政治的な観方ではなくして、解釈学説と実務における既に通用している法律学的な原理と方法を通しての条文の心の息吹きであり、また芯になる原型である、ということが反対にいわれることができる。

この一体であることが法律学的な原理に欠けるところでは、法典は自己を貫くすべての困難性を持っている。このようにして一八八九年のスペインの民法典は田舎の慣習法（地域の法）の政治的な障碍を採ることもできなかったし、また法律学的な伝統の權威をも破ることはできなかった⁽²⁹⁾。そのことを通して真の地方法（Lokalecht）は維持されたままであり、この地方法はみずからの側で真の共通法の形成を——一八八四年後はもちろん最高裁判所の側のみ——やむを得ないものと強制した。一八五五年の民事訴訟法は、最高裁判所法廷によって承認された解釈学説は適法な破毀事由であるということを明示に規定した（一〇二二条）。たとえ、スペイン民法典の第六条もまたこの特典を「法の一般原則」を引用することを通して形式的な「法」適用としてつまらないものとしたとしても自足的な法典の幻想はスペインにおいてつらぬかれることはできなかったし、法律学は多元的な意義において法源のままにとどまった。

4 さて、共通法形成のこの問題は協同化された、ましてや国家を超えた法律学の今日的な必要性にとって看過されてはならない。いかなる危機において国家的な法の姿を通して国際法と国際私法は我々のところに到達したかということは周知のことである。前者において常に共通の実務と伝承が普遍的な国際法の証拠として、また決定の基礎として承認されて⁽²⁹⁾おり、立法的な国家行為が一つの解決を形式的に承認しないかぎり、国際私法においていかなる統一的な解釈学もまた適用も法源として承認しない。それとともに課題のことがちらっと考えられたということは存続している法性決定問題を証明しており、この問題の歴史は国家的な法律観の決定である。裁判官による法性決定の平面と国家的な意義における実体的な法廷地の法とを任意に一つにして投げることは法律学的な秩序概念の自律性にとって盲目であることを特長づけるのである。種々異なる構造において真に機能を同じくすることをつくりだす代りに、純粹の術語的な一致が意味の衝突を解決することができるというのを、ゆりうごかすことのできない実証主義者が希望するが無駄である⁽²⁹⁾。

国際法においてもまた判例の生産的な力を誤解することは——あるいはそれに対する不安は——拘束的な根拠として国家的な意

S. 299

思主義・国家的な同意・「国家の団体意思」などに固着する最後の根拠である。⁽²⁴⁾ それに反して国際私法の仲裁裁判の現代の理論において、国家的な秩序思考の信奉者こそは多元論的な解釈学説の動揺している土壌の上へ進んでゆく。⁽²⁵⁾ 「仲裁」のあきらかな創造的な独立性は現代の理論をそのように強いてさせるのであり、また、契約理論は国家のつくった法万能に対する違反を「あきらかにすること」をあえてする。事実上ここかしこで法律学的な秩序要因は「国家意思」から独立している。

しかし、仲裁裁判官が愛想のよい仲裁人の調停の役割を越えてようとつとめるかぎり、すなわち、相互に体系的に拘束された規則を創造し、また、法制度を鑄造するかぎり、このような裁判官による秩序形成の基準はいかなるものであろうか、だからといって、法制度というものは国民的な法の位相の構造から独立しているものであろうか。類型的な継続的な問いかけの宇宙的な均等性と解決の可能性(事物の本性)などから、国民的な特別な解決においても機能的に比較可能な制度を見る可能性、また、この制度から——真の比較法の道程において——「普遍的な」、歴史的に均衡を保つための重い荷物から自由な、また、構造的に中立の機能概念を引き出す可能性を創造するのは、ほかならぬ上述の第六章三で究明された「開かれた」体系形成の法原理と法律学的な原理である。

まさにそれこそが法性決定問題の核である。国際私法における引用の概念の範疇は個々の法におけるこのような概念の国家的・国民的な法性決定にもとづくことはできない。その理由は、課題の体系形成と秩序づけは制度の機能にとって、利益状態と解決の比較可能性にとって、また、それらの正義の内容にとって基準となるのではない。しかし、「構造を超えた」法性決定の可能性を疑う者は、衝突法には——すべての超国民的な秩序にとってもまた同じように——固有の構造が欠如しているので国家的な解釈学説の陣営に帰らなければならないのであり、この解釈学説のために裁判官は法廷地法のみを持つことができるにすぎない。すなわち、法廷地の国の、その国の歴史の、また、その国の解釈学説の、国家によって創設された物権的な秩序を持つことができる。それとともに、規範の欠如あるいは規範の推積の逃げ道のない状況は、「元来」個々の法の「実体的な」法性決定は国際私法の法性決定を先きどり決定しないのであり、これは実体的な規範が衝突規範を先きどり決定しないのと同様であることを洞察する人に与えられる。⁽²⁶⁾

このようにして、国際私法概念を「民法典の鎖」から、RABEL が構造の連結と呼んでいるように、解放する課題は、普通の法

S.300

的な原理の基礎の上で自律的な法律学的なカズイステイク、普遍的な法律要件からではなくして、できうるだけ多くの特殊な法律要件から法発見をする方法を通してのみ解決されることができるといことがゆくりと認識された。⁽²⁹⁷⁾ その理由は、法律学的な性格づけのない単純な特権的な事実が決定のために立っているのではないので M. WOLFF からと(始源的には) RABEL からの逃げ道はその働きをしない。全体の、選別されることのない「元素材」がじつに法性にしたがって区別されるのではなくして、法的に重要な「法律要件」が法性にしたがって区別されるのである。法律訴訟問題は既に事案の選別のなかにはまりこんでいるのであり、いいかえれば、我々は、「法的に重要であるかどうか」また「何によって法的に重要であるかどうか」の問いかけに対する前構造的な尺度を設定すること、また、それとともに枠概念(「縁の概念」)の呈示することのそばを通るのではない。⁽²⁹⁸⁾

すべてのこれらの端緒を方法的に「不正確」として放棄するのは、特筆すべきことにはフランスの解釈学説である。カズイステイク、普遍的な法律要件からではなくしてできうるだけ多数の特殊な法律要件から法発見をする方法からの機能的な法の比較を通して獲得された一つの制度の「抽象的な」あるいは普遍的な位相であるならば体系の大きい構造の相異に面して使用できないものであろう。この位相であるならば殆んどの場合結果をうむのではなく、また「巨大な労働」にもかかわらず「義務の怠慢の一聯のことばだけの訴訟」に至るであらうし、この巨大な労働をこの位相ならば——DE CASTRO のことばによれば——裁判官に課しているのであろう。国際主義者ならば、「創造的な解説」にたしかに全くよることなくして、立法者を代理することはできないであらうし、この解説は学問的な概念にもとづくことを欲するのであり、この概念を今はじめて発見するにちがいない。⁽³⁰⁰⁾

前述の研究の主旨は、未決定のままに発見された原理が固定されるまで、概念も原理も文言化されるのではなくして、先例と規則が文言化されるところで、この道程の「開かれた体系」からの各々の発展との均質性を示すことのなかに存立している。教義学的概念はその上、つねに、発展の産物であってその前提ではなく、また、法典の法においても MAURY が「条文が占有するもの」と呼んでいるものは、いかなる統一的な法律学が存立しないかぎり、幻想であり、この法律学は真実のところ法典に「含まれて」いない原理一般を法典に再現するのであり、次には「法典を越えるが、しかし、法典を通じて」論証することである。この俯瞰できる場所から WENGLER の熟慮は充分に確認すること、また、同意することに値するのであり、彼は「普遍的な法原則」を前構造的な法性決定を得るために辛うじて平面だけにおいて求めているのであり、この平面を裁判官は以前から国家的な法源の

解釈学説の彼方で「欠缺を充足する」際歩むのである。

5 何が国民的法体系をして現代の制定法の外科学の衝撃に耐えしめているか、または、何が政治的な破局と文化的な危機に関する国際的な法の結合をさらに担ってゆくかということが問いかねられるならば、法原理からの法律学的な発展の安定してゆく意味はあきらかになる。国民的な立法法においてかくされたままにとどまっている均質な秩序の問いかけの宇宙的な性格は判例を「法典の精神」を越えて一致し、また、意味の等しい解決に導くのである。各々の政治的な体制と政党―多数と交替する多数の「社会的な正義」の上へ法学は正義一般をおくのであり、この正義はいかなる附属物も受けつけない。⁽³⁰²⁾悩んでいる民族の体温とともに頂点と一時的鎮静とを示す法の波の非継続性の代りに、我々はここで具体的な秩序問題の進歩してゆく基礎的な知識と事物の取り扱いを原理にしたがって見つけるのであり、この原理は政治的に約束された即時的な成果の人気を享受しないが、しかしまた立法者の側の任意の廃棄宣言を通して法への信頼の期待を裏切ることとはしていない。⁽³⁰³⁾

S.301

このような法律学的なプラグマティスムは制定法の概念を大いに資格を与えられた支配階級に役立つ社会の法体系よりもより害するのであり、また、「人気がある」のは、じつに、目的をもつ法律ではなく、この法律は、多数者の真正の価値基準になるた多く信用を⁽³⁰⁴⁾め、彼等の真実の尺度をあまりに無視するからである。じつに「行動主義的な」法観察は、我々が四〇年来身をもつて行っている経験を確認したのであり、この経験は法生活には現代の法技芸よりもより重要である何かあることが存在するということである。すなわち、それは、共通の法原理の法律学的な利用の破れることのない伝統であり、この原理は日々の関心によって、また、権力とそのイデオロギーの政治的な法律によって取消されることなく社会的な尊敬と責任の基準を維持しているのであり、この基準は文化の一時期と一区域とを決定する。それはやはり一九世紀においても「制定法」の概念であった。今日事態は反対である。我々の父祖が制定法を誇りにしていた法的安定性というのは一九世紀において保障された法曹法の留置物であり、あるいはやはり政治的な立法行為によっていたわられたままにとどまっている留置物の一部である。我々の共通法という衣服をさらに分割してゆく各々は基礎とする法文化の犠牲の上で行われる。⁽³⁰⁵⁾

その生来のイギリス的形態における判例法は新しい時代の速度と「法律の嵐との競走」に耐えることはできないということがあるかも知れない。しかし、この嵐こそが荒れながら作用する私法と刑法の広い領域が存在する。非政治的なコモンの存続、中

S.302

央集権的な絶対主義に反対する成果豊かな闘争から得られるあの永続している取得はアングロサクソンの文化圏にとって各々の体制よりもより大きな法の担保的な保障である。⁽³⁰⁾「高権的な」法の観念はコモローの法律家一般にとって——また、理由のあることであるが——疑わしいものである。⁽³⁰⁾不信をもってこの法律家は、各々の改革を考察するのであり、この改革は純粹の法曹法と制定法の国家主義的な領域の間にある安全な墓を蔽い、また法管轄の古い前中央集権的な分割に抵触するのである。⁽³⁰⁾そして今なお大陸の法律家でさえ、破れることのない法曹の伝統が存立するところでは、裁判官法の、また、慣習法の立法者的な裁可と廃棄を承認することを拒否するのである。⁽³¹⁾

6 裁判官法が秩序を与える力を持っていることに對する非難は現代のカズイステイク、すなわち、普遍的法律要件からではなくして、でさうるだけ多くの特殊な法律要件から法発見をする方法の考察者にとつてあきらかに認識される。「裁判官の眼界」は、じつさい、社会的な地位と官職の性格を通して特別な視界を通してよりも少く制限されるのではなく、この視界を具體的な「事案」こそが提供するのである。ここで真正の先例法はつねに必ずしも制定法の形をした平等取扱いのための担保ではなく、その理由は、事案の苛酷さは同様に規則を原則的にゆがめることに到るのであり、「苛酷な事案は惡法をつくるのである」⁽³¹⁾。それは問題に拘束された思考の現実主義に對する真反對であり、その条件は既に裁判官法が「現実主義的」として成文法の思弁的な草案に對立させられるとき、そのイデオロギー的な偏見が実務家をしてしばしば作用効果の具體的な正義のみを疑わしめることである。「力のある武器を持つ海軍の近視の感覚をもつ立法者」⁽³²⁾。

S.303
社会的に活動がせめられ、また、政治的に危険にさらされた裁判官に自己責任の規則形成の不幸をもたらす贈り物を承認させるのは別箇の留意事項である。「維持された教説と伝承」の織り物であり、それは科学的基準にしたがつて発見された決定を連帶して責任を負わされるべき身分層の確信の一部として、教える人の共通の意見の一部として全体の法に接合するのである。法曹法は実践者の法であることはもちろんであるが、しかし、後者の体系への継続性と織りこみは大陸の法域において解釈学説を通して担保される。⁽³¹⁾事案の取扱が最初の根源的なものであるが、しかし、「カズイステイク」、普遍的法律要件からではなく、でさうるだけ多くの特殊な法律要件から法発見をする方法は、我々がこれを真正の判例法のもとして確認するよりもはるかに多く、原理を信頼しているのであり、これらの原理は法律家に教義学の概念的——技術的に衣を着せることになかあらわれ、いな、「論理的に」

S.304

押し迫まってくる。教義学は「技術的な」知識への、また言語領域への生活の衝突の拘束してゆく翻訳でありまた、その始源的に経験を通して獲得された価値の鍵と解決の鍵の拘束してゆく翻訳であり、上述の領域において概念と教義は真理における表見的な自己目的として単に代表的にのみそのようにして発見された個々の回答の全体的な合一性と整合性のために責に任じ、また、概念と教義の合理的な再検討可能性と教示性を担保するのである。⁽³¹³⁾

このようにして、すべての時期の法律学をして、その問題解決をますます教義学的な概念のまわりに「分類するよう」にうながすのは恣意の約定ではなくして、合理化の需要である。「社会的な眼からの所与がこのように流れるようになったこれらの知的な形式、それらは法の資料である」。⁽³¹⁴⁾ その理由は、各々の新しい評価をともなうて概念はその将来の秩序の意味を変更する変遷を経験するのであり、それはまずはじめに色のない概念の特殊な教義学的な意味が判例を通して創造されるというように行われるのである。我々はそれを古典ローマの法思想における原因—概念の発展によって見たのであるが、しかし、このことは各々の現代的な、法典編纂にとって今なお疎遠な秩序概念をして、「生活すること」のなかであきらかに述べるのである。このような概念、例えば「特別財産」のようなものは、特定の個別的な問題から類型的な利益衝突の「原則的な」教義学的な把握へ導くのであり、また、専門家的な使用を通して事案の論拠を越えでる司法の恒常性と均質性を許容する。前法律学的な問題は法律学的な問題へ形を変えられる。⁽³¹⁵⁾ 盲目の概念実定主義のしばしば問いかけに値いする比喩的な言語の彼方に充分に広いカズイステイク、すなわち普遍的な法律要件からではなくして、できうるだけ多くの特殊な法律要件から法発見をしようとする方法にもとづき適切に構築された専門用語は感情の争いとこの争いのその時だけの論拠から遠ざけられた平面においてすべての認識された評価の問いかけを固定化するのに役立つのである。⁽³¹⁶⁾ この平面において利益の評価は押しのけられるのではなくして、概念のなかに集められた原則的な解決基準を考え抜き、また、利用することを通して「司法の形をもったもの」とされる。「社会的な実体」、「現実の与件の全体」は二元論的に概念の網によって「重ねられる」、⁽³¹⁷⁾ いな、「構造に関して合成された与件はつねに見分けをすることができるまでであり」、また構造の経験は物の分別から「論理的な」構造を管理する。しかし、いかなる司法も先例の類似性からのみ継続してゆく正義の問いかけを解決することはできなかったし、司法は目的関連とその秩序の必然性を法律学的な制度の媒介を通して見ることを放棄しようとした。形式的に文言化することはここでは既に存立している解決とその後続作用の織物のなかへ正義の問題を移し変える

ことである。何が前教義学的な見取図において機能の問題と評価の問題であるかは法律家によって教義学的な法性化を得る問いかけとして存在的に見られる。⁽³²²⁾しかしこの存在的事実であることは思弁ではなくして概念の紛糾を解きほぐす手段に關しての事物によって条件づけられた正義の要求と正義の真理をさがすことである。⁽³²³⁾

S. 305

この事実こそ判例法思考をもまた真正の構成の状態へ、また、制度的な体系形成の状態へますます駆りたててゆくのである。⁽³²⁴⁾このようにして「損害」という概念に先例の多数がよりかかっているのであり、これらの先例は損害賠償請求権の限界づけと資格づけに到るのであり、損害をコモローにおいて性格づけ、また、例えば、同様に鍵のような概念「損害」と「損害賠償」を區別する特殊な計算方法と規則がよりかかっている。⁽³²⁵⁾「惡意不実表示」は古いコモロー規則の真正の固定化であり、これは決して教材的に「わざと言わないことによる詐欺」あるいは「契約締結上の過失」に一致するのではない。法倫理的な原理はカズイステイクに、普遍的法律要件からではなくして、できうるだけ多数の特殊な法律要件から法発見をする方法にしたがって種々に実定化された開示義務のなかにいいあらわされるのであり、法概念は基本的な概念「詐欺 (fraus)」と「故意 (dolus)」に到った発展の産物である。⁽³²⁶⁾我々は、したがって、概念形成のより多くの平面を認識するのであり、基礎になっている原理を実定化することと教義的に蔽いをかけることに一致してゆく。法倫理的な根源的なものはますます技術的なものへ置き換えられ、法の理性はうわべだけ制度的な特性を通して押しつけられる——うわべだけ、その理由は知っている人にとって各々の法概念は評価の全体と同意であり、この評価を法律学は法概念のなかで濃くしてきた。

教義学は、制度の「根本思想」を適当に把握することはできないという非難がここであきらかに説明される。技術的に自動的に取り扱われることができる法概念に形を与える課題(附従性、代位、構成部分、従物、遲滞など)は構成的なことの方向において(過責、非難、善意のような)直接的に「あきらかな」根源的な概念から法概念をうわべだけ遠ざける。しかし法倫理的な根拠はじつと動かないで存立しているし、また、「記号的なもの」から「規範的なもの」への移行は幾重の段階づけにおいても見られるところであり——他方において発展の新鮮さと伝統にしたがって(企業危険)、「行為基礎」、「權利失効」、「期待不可能性」を比較せよ。債權法的な、また、物權法的な原則形成の歴史的にむすびつけられた形式でさえその評価の秘密を利益法学の解釈手段のためと、かつて「真実であることが実証された教説と伝承」の産物としての法史の解明のために犠牲にならなければならないこ

とはないのではなからうか。⁽²⁶²⁾ 自発的な「規範的な力」を教義学的な概念は持つのではなく、その意味表明はカント的な意義において単に「分析的な」価値判断を生ずるのであって、「総合的な」価値判断を生ずるのではない。⁽²⁶³⁾ 歴史的な形式の向う側にある法倫理学的な中味に分析的な価値判断を縮限することは、「自然法的な」原理を教義学の構成と反目させて離間策をとることは意義のないものであり、また、この離間策は、もしも機能の意識が消滅するならば、教義学の拒絶から説明されるということを示している。ここで、そのとき「原理」は反乱を起して「構成」に対立する。

(262) Eb. SCHMIDT (N. I 193) 10.

(263) Vgl. das Referat von GRURVITCH, *Théorie pluraliste des sources et du droit positif*: Ann. Inst. Philos. du Droit et de Soc. Jurid. (1934) 114. Zu den politischen Hintergründen vgl. ROSS (N. I 55) 177. 概念は誤解されるものであることはもういふまでもない。概念は各々の実証化なくして真の自然法的な要素の導入のための口実として役立つのであり、あるいは、政治的な立法の外部で法的な実証化の道の多様化の特長づけとして役立つ。国際法の側面から、国民的な秩序領域の自律から出発する理論は周知のように「複教的」と名づけられる。法源の複教主義の我々の概念とやることは共通ではなう。Vgl. PICCARDI, *La pluralità degli giuridici, Scritti ordinati in onore di Santi Romano* I (1940) 251.

(264) Vgl. SANTAMARIA, *La giustizia privata* (1937): 彼は、*„La lotta per la giustizia nell'attualità“* (201 ff.) の一章において古代の解答たるこの権利 (*ius respondendi*) の復活について、*„それと語らう“*。ヘインの解釈学説はこの点において既にこの国家的な道程を歩んだことはもういふまでもない。Vgl. v. STRAF in dem Handbuch *„Das Schiedsgerichtsverfahren nach heutigem deutschen Recht“* (1926) 152. これを執行吏のものとする Amtshorrie と対照せよ。国際的な仲裁裁判官轄のための全世法法的な原理の意味によせば、vgl. unten Kap. XVII, S. 342 ff.

(265) GRURVITCH a. a. O. 124.

(266) POUND (N. I 41) 425, したがって *Mém. Acad. Int. Droit Comp.* II 2 (1934) 9 におけるフランスの報告と同様である。この学説が大陸の解釈学説に対する反作用のためと vgl. das mehrfach erwähnte Werk von BRUTAU. 法源の順位秩序に関する論題は全く新しいものである。Vgl. ADKES (N. II 54) 67.

(267) POUND a. a. O. 12; vgl. auch LEWELLYN, *Law and the Social Sciences*: 62 Harv. L. Rev. 126; des weiteren LEWELLYN und HOEBEL, *The Cheyenne Way* (1941) 16.

(268) POUND a. a. O. 16: *„立法の定式化は著しく事効のあるものではなう。……これは大陸におけると同様に……フンクローアメリカ法にお*

いつまでも「真実である。」など。

(266) モーモンとガウリオの複数の学説の開拓者として SANTI ROMANO たちの栄誉に値する。彼の労作 *L'ordinamento giuridico* (1. Aufl. 1918, 2. Aufl. 1945) は制度の学説として RENARD, DELOS, GURVITCH, DESQUEYRAT などの多くの人からすべからぬより広い調査研究の基礎である。この労作は分析的な傾向よりもむしろより多くオルガン楽器奏者の有機的な傾向を示していることはもちろんであるが、実体的な「法源」としてのすべからぬ秩序要素の機能の統一また制度の前法律的な課題の決定性を見るための起因を与えるのである。とくに第二編は國家によつて創設された立法の法源独占性に関する題目の歴史的な、また、今日の不真実性のための確信してゆく資料を与える。Vgl. auch ROMANOS *geistvolle Essays: Trammenti di un dizionario giuridico* (1947) ad vocem "Diritto (Funzione del)", oder "Interpretazione involuntarium, stabilisierende und progressive Faktoren der Jurisprudenz, Ideologie und Wirklichkeit der Gesetzesauslegung u. dgl.

(267) POUND a. a. O.

(268) 以下の註として GUARINO, Il concetto dell'ordinamenti giuridico; *Arch. giur.* 142, 11. Vgl. auch ARANGIO-RUIZ in *Rivista* (1946) 252. *Deutsches Standardwerk*: KASER (N. III 203) bes. 63 ff.

(269) 狭義における *Ius civile* すなわち勅令の *Ius honorarium* 及び *Ius gentium* と対立しているのであり、この *Ius gentium* は同じく法の領域でないことはもちろんであるが、後期共和国の時代において嚴格法——花の咲いた学問のあと——自律的な教義学的な法曹法の彼方でリステレシス的な思考の影響に対してより多くロモンセンスによつて決定された「自然の」法原則の遵守を述べている（実定法に対立する自然法 vgl. KASER a. a. O. 71, 82 ff.）。

(270) Rom のために KASER a. a. O. 69, England のために PUCKNETT (N. II 102) 439 ff., vgl. POLLOCK, *The Nature and the Meaning of Law*: 10 L. Q. Rev. 228 (230, 237) 「法の概念と観念」その形態や、歴史における國家の公的な干渉に優越している。KRABBS *Staatslehre* (Leyden 1930) のヘギルスの新版のたぐひに Goodhart, *Law and the State*: 47 L. Q. Rev. 118. 正確な詳細については vgl. WILLIAMS, *The Controversy Concerning the Word "Law"*: *ArchSozPhil* 38 (1949) 1; auch in "Language and Law" (N. IV 134).

(271) 「ロモンローは議會の行為を制御する」たしかに特徴的に一六八八年の復古とともに新しい支配思想から退いたにちがいない特権「Pucknett a. a. O. 445.

(272) 法律委員会のもとで（一七九八に）除去された問いかけに関しては § 47 のそこをまた、しかしまたそれにしたがって「自分勝手に思いこんでゐる（一）」欠缺がただちに可法の長に告げ……」られる § 50 をもまた参照せよ。

- (173) (N. III 29) 22 (46).
- (174) Arti della Commissione Reale per la raccolta delle consuetudini (1930) 3.
- (175) ASCARELLI の "L'idea del codice.." といふこのことは引用された著作、この著者 VASSALLI, Estrastatualità del diritto civile, in: "Doctor communis" (1952) 128 を参照せよ。
- (176) 第四六回 Vollversammlung der Società Italiana per il Progresso delle Scienze, Perugia, 1-4, 7. 1952 の GUARINO の講演を参照せよ。 Arch. giur. 142. 3 を参照せよ。
- (177) この危険に服してゐるのは、例へば ZANOBINI, Gerarchia e parità fra e fonti, in: Scritti in onore di J. Santi Romanot (IV 260) 591. このやうな神秘化に反対して明白かつ確信的であるのは BERTI a. a. O. 383/384.
- (178) ふたつのが、インテンツとマニフェストの最高裁判所と異なることなく法的な解釈学説のために最高裁判所の実際と一致してゐるかは、vgl. HERZOG (N. I 41) 201/202.
- (179) COURTENAY LIBERT, Legislative Methods and Forms (1901) 122; vgl. auch das o. a. Referat. von MACMILLAN, Two Ways of Legal Thinking (N. III 238).
- (180) Oben Kap. IX, S. 144 ff.
- (181) 立憲議會以前の一九〇一年一月一八日の ROBESPIERRE, 「裁判所の判例の文言は我々の言語によつて消滅するところがある」。
- (182) この時期に GAUDEMET を与へるフランス民法典のそれによつて発展のすばらしい叙述を比較せよ (N. III 7)。
- (183) GAUDEMET a. a. O. 13, Napoleon の前と一八〇五年 MALEVILLE のいふことを注釈書の第一巻が提出せられたとき、彼の時々は周知であつた「私の民法典は減つた」。
- (184) THERIET in einer Rede von 1808, zit. GAUDEMET 16.
- (185) TOULLIER, zit. GAUDEMET 24/25.
- (186) PROUDHON, ebda.
- (187) GAUDEMET の著作以外に、特に「ハリー」を与へる一九五〇年一月一六—二二日の国際比較法研究所との連絡を以て H. Capitant 協會の法の国際週間を ROSTAST, ROUBIER と BOULANGER の報告に言及しなされたならならぬ、この報告は Capitant 協會の著作 II (1952) 40-70 に含まれて「法源—法技術—司法の解釈の観点から」一八〇四年の民法典以来の方法」という標題のもとで出版されてゐる。また一九〇四年の "Livres du Centaire du Code Civil" 「民法典の一〇〇年祭の本」になつても我々の題名のための開明に満ちた寄稿が既に見られるので、CHARMONT と CHAUSSE の "Les Interprètes du Code civil" (I, 133 ff.) に關する寄稿、また MEYVIAL の "Les recueils

- (298) 同様に *Steyger a. O.* 11 ff., 13.
- (299) *Mauvy a. a. O.* 471 ff.
- (300) *Ders.* 475.
- (301) 興味あるイタリヤの判決資料、「自然的正義」のイングロアメリカ的な変形過程、及び法の位相の体系の位置ではなく、機能の観点のものとを比較法の突進を指摘して (N. I 45) 1 (11. 13, 18 usf.)。
- (302) *Ripert (N. III 55) 7*: „Méfions nous de tout qualificatif donné à la justice“, 「正義に与えられた品質のすべてを疑つてみる。」
- (303) *Ripert Kap. V, 125 ff.* のものとを現在の現代法の廢墟の叙述を比較せよ。「人々は法の破片の真んなかを、どうかにかこうにか部分的にこわれずにいて、また、強化されたままになつてゐる他のものを完全にこわしたもののなかをさまよう」(131) —— その際政治的な御都合主義は無思慮な妥協を閉じこめ、あるいは同様に無思慮に「適及的に」無効にし、再び承認する、など。
- (304) *Harper, The Forces behind and beyond Juristic Pragmatism in America: Recueil GénY II, 243 (261).*
- (305) 私の研究“Entwicklung und Bedeutung der Gefährdungshaftung”(1941)の最初に標語として採った *Gierke* の警戒を参照せよ。その点については *jetzt auch Vassalli, Estratutalità del diritto civile: Doctor Communis I/II (1952) 128.*
- (306) *Rabel, Deutsches und Amerikanisches Recht: RabelsZ 16 (1951) 340 (344).*
- (307) *Vg. Pollock und Matland, History of English Law before the Time of Edward Ist (1905); Laske, the Rise of European Liberalism (1936) 106; Gierke 以来の我々の法律家——ドイツのやまはな——の無駄な警戒を比較してみよう。例えば、*Boulangier* の彼の上述の報告書の結語を参照せよ (N. IV 287)。*
- (308) 例えば、この点において説明に富む小冊子“The Place of Law in Germany”: 53 L. Q. Rev (1943) を読もう。そのなかに次のことが典型的にドイツ的として書き留められる、「有力なドイツ人によつて、また Nazi に代つてはなく、*opinion law* (裁判官の意見たる法) はその權威を立法者によつて保たれた權力から取得している。」「法は政府の上にある最上のもではなく、それは政府によつて設定された規則である。」「政治的な、また、軍事的な事實は、正統性を決定し、適法に定義された事實はそれを決定しない。」「経験はドイツ人に法を政治的な權力の放射中心に思ふことを教えたかぎり」など。
- (309) *Vgl. Radin, Anglo-American Legal History (1936) 115; Ders. (N. III 225) 338.*
- (310) *Für das spanische Privatrecht: Herzog a. a. O. 197.*
- (311) *Radin, The Law and Mister Smith (1938) 40.*
- (312) *Brutau (N. I 41) 19.*

- (313) Vgl. die Diskussion nach dem Vortrag BOURLANGERS über die "Rolle des Richters" vom 25. 2. 1949: *Trav. Capitant* V, 73 ff.
- (314) Vgl. KOSCHAKER (N. II 155) 188. Dazu unten Kap. XV, 9.
- (315) 教義のための闘争は「したがって、規範的な教科におつて空虚な学者の争ひではなくして、評価の問ひかけのための直観の闘争である。正統派的信条は「形式上の事柄」ではない。教義の素材は闘争の真中にすぎないのであって、その根拠ではない。」
- (316) BNULANGER (N. IV 17) 62. 「したがって、基礎工業に関するフランスの解決は遺産と道徳的な人格の概念のまわりに集まる。」 Vgl. auch den Diskussionsbeitrag von SIMONIS ebda. 67.
- (317) Vgl. meine Bespr. zu PINO (N. III 115) 180.
- (318) Dazu v. HIPPEL (N. I 10).
- (319) ESSER "Einführung" 186-192.
- (320) Dagegen schon GENY (N. III 12) 1-20 und 351-422.
- (321) DERS. IV, 142.
- (322) ESSER (N. IV 317) 181: 「『Jus est quod est』 経済的なもののなかで機能するものは、法律学的なものの中からは性質と制度になる。」
- (323) Vgl. meine beiden Aufsätze "Elementi di diritto naturale nel pensiero giuridico dogmatico" und "Le garanzie della dogmatica del diritto ed il cosiddetto formalismo giuridico" (N. I 11)°. 教材は著作権法(「側面」の発見)である。私は De BOOR (N. IV 46) の書物のなかにある叙述を引用する。
- (324) Vgl. oben S. 223 ff. 有名論(コンプトン)的な傾倒は "Language and Law" (S. oben Kap. VII, N. II 148) あるいは "Definition and Theory" (Vgl. H. L. A. HART: 70 L. Q. Rev. 37) の観念(オースティン)による考察に一致する。ところが(従業員のための不法行為責任の際の「被備者あるいは代理人」のような) vgl. BROOKS-SMITH in 70 L. Q. Rev. 253) より多くの術語的な範疇の問ひかけは全く正確に法の位相における我々の教義学的な移調の技術に一致する(ここでは、例えば、「執行補助者あるいは履行補助者」)。
- (325) 例えば「ロモンローにおいて、われわれのローマ的な狭められた損害概念におけるほどではないが、精神上の損害は存在しなく、——それはむしろ、故意の不法行為(暴行、婦女誘拐、文書詐欺)の際懲罰的な損害が存在する。 Vgl. die Schweizerische "Genugung".
- (326) Vgl. RIBERT (N. I 40) 89.
- (327) S. DEL VECCHIO (N. I 34); ASCOLI, *La interpretazione delle leggi* (1928) 12.
- (328) 例えば、既に HEYMANN の著作 (N. II 87) 15 ff. における義務遂行の遅延の際の過責教義の発展について覆いを取って正体を明らかにするところを参照せよ。

(329) それを規範的に解説してゆく法概念としての論理の意味のうちの弁護はみせかしの口實である。 Vgl. JEMOLO, I concetti giuridici, Atti della Reale Acad. delle Scienze di Torino Bd. 75 II (1940) gegen FUGLIATTI in Arch. Giur. 113 (1935) 158, und die Fortsetzung des Streites in Riv. Dir. Comm. 1941, 197 bzw. 1945, 130.